

A REGULAMENTAÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS EM GARANTIA

FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS*

*Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e
Professor da Universidade de Brasília - UnB*

Justifica o Prof. Arnaldo Wald, um dos artífices da criação e aperfeiçoamento do instituto da alienação fiduciária no Brasil,¹ que, de início,

a lei não aplicou a alienação fiduciária aos bens imóveis diante da separação entre os sistemas do mercado de capitais e do plano nacional de habitação, contando cada um deles com autoridades e órgãos próprios e uma área de incidência específica.

"Essa orientação" - complementa o conhecido jurista - "se manteve no Dec. lei 911, que não pretendeu usurpar competência do Banco de Habitação".²

Na verdade, a alienação fiduciária em garantia de bens móveis, instituída no art. 66 da Lei 4.728, de 14.07.1965, a exemplo do *trust receipt*,³ de ampla utilização nos países anglo-saxões, visou introduzir no direito positivo brasileiro garantia de financiamento à produção, à importação e à comercialização de mercadorias, constituindo-se mediante a transferência da propriedade sob condição resolúvel, independentemente de tradição, na redação originária do art. 66 (a

¹ O autor foi o relator de projeto elaborado pela ADECIF que se transformou no Dec. lei 911, de 01.10.1969.

² Novos instrumentos para o Direito Imobiliário - fundos, alienação fiduciária e *leasing*, trabalho publicado em *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, São Paulo : Ed. RT, 1972.

³ "A alienação fiduciária em garantia corresponde ao *trust receipt*, amplamente utilizado nos países anglo-saxões, pelo qual o devedor transfere fiduciariamente o domínio da coisa, para que esta sirva de garantia." (José Luiz Bulhões Pedreira, um dos idealizadores da emenda que resultou no art. 66 da Lei 4.728/65, em trecho de justificativa apresentada por intermédio do Senador Daniel Krieger, *apud* Cândido Camargo, Da alienação fiduciária em garantia e fundos contábeis de natureza financeira face à Lei de Mercado de Capitais, in *Arquivos do Ministério da Justiça* 103/36-59).

exigência de tradição efetiva, somente ficou explícita na redação dada ao art. 66 pelo art. 1º do Dec.-lei 911/69).

A constituição da transferência da propriedade por esse meio merece uma reflexão. "Ter-se-ia", como questionou o Min. Moreira Alves,

no caso, abandonado o sistema seguido pelo nosso Código Civil em matéria de aquisição do domínio - no qual, à semelhança do romano e do germânico, se distinguem o acordo de vontade e o ato pelo qual ele se perfaz (assim, a tradição) - para se observar o sistema francês, em que o acordo de vontade, por si só, independentemente da tradição, para as coisas móveis, transfere o direito e propriedade?⁴

Efetivamente, o princípio da transferência do domínio por mero efeito do contrato de alienação da coisa, móvel ou imóvel, está consagrado no Código Civil Francês (arts. 1.136, 1.138 e 1.583) e no Código Civil Português (arts. 408, 879, *a*, e 1.317), este com ressalvas.

É certo que, no direito brasileiro, para alguns, existiria um *constituto possessorio ex lege*, na primeira redação do art. 66,⁵ e, para outros, uma *traditio ficta*, na última redação, por força da dispensa da tradição *efetiva*,⁶ discussões impossíveis de serem transpostas para a transferência do domínio imobiliário, a depender de registro para o nascimento do direito real respectivo. De qualquer modo, a sistemática de aquisição do bem, disciplinada naqueles diplomas a dispor sobre a alienação de bem móvel, não seria admissível na aquisição da propriedade imobiliária, no Brasil.

Por outro lado, naquele ano de 1965, instituído estava o Sistema Financeiro da Habitação, através da Lei 4.380, de 21.08.1964,

⁴ *Da alienação fiduciária em garantia*, 3. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 59.

⁵ GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 1. ed., São Paulo : Ed. RT, 1970, n. 61, p. 71-73.

⁶ Moreira Alves não se limita ao exame desses elementos. Para ele, há um terceiro objeto de cogitação: o registro do instrumento da alienação fiduciária em garantia. Daí sua conclusão: "Antes do registro, o contrato de alienação é apenas título de constituição da propriedade fiduciária, que ainda não nasceu, porquanto seu nascimento depende do competente registro desse título." (op. cit., p. 81).

com a previsão de garantias tradicionais para seus financiamentos, surgindo logo depois a Lei 4.864, de 29.11.1965, a criar a figura da "cessão fiduciária em garantia", destinada a assegurar o pagamento das dívidas contraídas com a Caixa Econômica Federal e as sociedades de crédito imobiliário, bem assim o Dec. lei 70, de 21.11.1966, que, no seu Capítulo III, admitiu a opção do credor hipotecário entre o processo de execução judicial e a execução extrajudicial.

Dispensável, provavelmente, naquele momento, seria a extensão do instituto à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, em face dos últimos motivos alinhados.

A doutrina, todavia, ainda que minoritária, já admitia a adoção do novo instituto, como negócio fiduciário propriamente dito ou como alienação, com o escopo de garantia, de bens de natureza imóvel.

Nestor José Forster, em sua monografia que tem o nome legal do instituto, publicada no início da década de 1970, fez uma vigorosa defesa de sua aplicação à transferência de bem imóvel. E ler o que escreveu aquele autor, nestes trechos:

Refere-se o Dec. lei 911, assim como a lei antiga, apenas à alienação fiduciária, não teorizando onde não deveria teorizar, mas, assim, deixando campo aberto a diversas interpretações doutrinárias.

A doutrina não faz restrições ao uso do bem imóvel em negócios fiduciários, sendo que na fidúcia de origem romanística não se limitavam tais negócios a bens móveis, mas estendiam-se a quaisquer bens. O legislador disciplinou, na Lei do Mercado de Capitais, apenas uma única situação fiduciária, dentre as dezenas de espécies que, dentro do gênero fiduciário, podem ocorrer. As formas e possibilidades de negócio são tão variadas e ricas, que dificilmente o legislador poderia exauri-las, através de sua introdução e esquematização no direito positivo. Repugna ao próprio conceito de fidúcia a sua entronização sistemática no ordenamento jurídico positivo. À medida que vão sendo absorvidas pela lei, as formas de negócio fiduciário 'afastam-se, para tornar-se simples elemento histórico'. De qualquer maneira, a fidúcia é instituto jurídico inarredável, inçado, é

verdade, de problemas não solucionados, representando verdadeiro desafio à elaboração doutrinária.

O que a lei não veda, lícito é. Diz o art. 82, do Código Civil:

‘A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, n. 1), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.’

Ora, nenhum dos itens do artigo citado atinge a alienação fiduciária em garantia de bem, no sentido de excluí-la expressamente.

Porém, ao concluir, consignou o autor esta ressalva:

Numerosos são os problemas que cercariam, se admitíssemos, alienação fiduciária de bem imóvel. Mas, eles não seriam motivo para que não adotássemos a fórmula de *iure condendo*. A matéria comportaria tratamento explícito de parte do legislador. De qualquer maneira, sentimo-nos desautorizados, pelo exame do texto legal, a professar a alienação fiduciária de bem imóvel, desde que tal alienação se faça em garantia.⁷

Moreira Alves, ao versar sobre as coisas que podem ser alienadas fiduciariamente, enfatiza que, por disposição expressa de lei, "somente as coisas móveis podem ser objeto de alienação fiduciária em garantia". Mas, esclarece:

Se, porém, o devedor quiser transferir ao credor, para fins de garantia, a propriedade de coisa imóvel, terá de valer-se de negócio fiduciário ou de negócio jurídico indireto, e não de alienação fiduciária, uma vez que este contrato, se tiver como objeto coisa imóvel, será - como no caso de coisa inalienável - nulo por impossibilidade jurídica de seu objeto.⁸

Penalva Santos, em artigo publicado em março de 1976,⁹ disse, com a ressalva de não comungar da mesma opinião, que Arnaldo Wald advogava a aplicação, na prática, do instituto em causa aos bens imóveis. De feito, após crítica ao direito de garantia então vigente, no

⁷ *Alienação fiduciária em garantia*, 2. ed., Porto Alegre : Sulina, 1976, p. 62-63.

⁸ Op. cit., p. 121-122.

⁹ *Alienação fiduciária em garantia*, *Revista Forense*, v. 253, jan./mar. 1976, p. 69-78.

Sistema Financeiro da Habitação, diz o Prof. Wald, em estudo a que já se fez referência de início:

Uma solução adequada para o problema poderia ser a extensão aos imóveis da *alienação fiduciária*, mediante nova regulamentação da matéria.

Embora não se pretenda identificar, na sua totalidade, o regime da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, é incontestável que o novo instituto, que permitiu o extraordinário desenvolvimento do crédito ao consumidor, é suscetível de uma adequada transposição e adaptação para o mercado imobiliário".¹⁰

As idéias de Arnaldo Wald acabaram sendo acolhidas no projeto de lei enviado pelo Executivo ao Legislativo, que se transformou na Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário, visto que tal garantia não era prevista no anteprojeto da ABECIP - Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança, entidade que elaborou as linhas do novo Sistema.

Impõe-se neste ponto uma breve digressão teórica sobre a espécie de alienação dita fiduciária em garantia de que se cuida. Diz-se negócio fiduciário, na lição de Darcy Bessone, o

negócio de confiança que somente se realiza quando o fiduciante confia no fiduciário. Por confiar neste é que o fiduciante, querendo um certo fim econômico, concede-lhe posição jurídica mais ampla do que a lei considera suficiente.¹¹

Este é na verdade o negócio fiduciário, segundo suas origens romanas (*mancipatio fiduciae causa*), que acabou desaparecendo do mesmo modo que a *lex comissoria*, por força de colocar o credor em posição excessivamente vantajosa. A teoria do negócio fiduciário foi reformulada modernamente, sendo seu ponto de partida um artigo do

¹⁰ Cf. estudo citado do autor.

¹¹ *Da compra e venda, promessa, reserva de domínio & alienação em garantia*, 4. ed. rev. e ampl., São Paulo : Saraiva, 1997, p. 258.

alemão F. Regelsberger.¹² Este, ainda de acordo com o ensinamento do mestre de Minas Gerais,

diferentemente do *negócio fiduciário do tipo romano*, consiste na transferência do domínio, do devedor ao credor, para garantia do débito, resolvendo-se o negócio por efeito do pagamento da dívida ou de outra modalidade liberatória.¹³

A alienação em garantia, segundo nomenclatura preferida por Darcy Bessone, com a supressão do vocábulo "fiduciária", adotada entre nós, não se confunde com o negócio jurídico do tipo romano (onde elemento indispensável era a confiança *fides*, inexistente no negócio criado no Brasil), nem com o negócio fiduciário germânico (pois, no direito germânico há uma dicotomia dominial, mas não há legalmente o desdobramento da posse em direta e indireta, que existe no direito brasileiro, salvo convenção de *constitutum possessorium*, e ainda, na Alemanha, verificado o inadimplemento, o credor passa de proprietário resolúvel a proprietário pleno, o que não acontece no Brasil, como se verá adiante, onde a propriedade é sempre, nestes casos, mitigada), nem se confunde com o *trust receipt*, onde há a figura do vendedor, do comprador e do financiador, passando a mercadoria do vendedor para a propriedade do financiador, que a entrega ao comprador, deste recebendo um documento (*trust receipt*).¹⁴

"A alienação fiduciária em garantia", segundo o entendimento do Prof. Mário Júlio de Almeida Costa, Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, em escrito publicado em 1978, apoiado em Moreira Alves, "como se acha definida no Direito brasileiro, aproxima-se de um instituto que o Direito inglês considera como hipoteca mobiliária (*chatell mortgage*), radicada no antigo penhor de propriedade germânico. O *chatell mortgage* consiste numa forma de garantia de origem consuetudinária, mas posteriormente disciplinada por diversas leis, em

¹² ALVES, Moreira, op. cit., p. 4.

¹³ Op. cit., p. 259.

¹⁴ Confira-se as lições de Moreira Alves, na op. cit., p. 33-35.

que a propriedade legal (*legal property*) de uma coisa móvel pertencente ao devedor é transferida ao credor (*mortgage*) mediante venda (*bill of sale*), que deve ser atestada por uma testemunha digna de fé e inscrita dentro de sete dias na repartição competente; o devedor (*mortgager*) fica, porém, com a propriedade substancial (*equitable property*) e a posse da coisa, e, pagando o débito, recupera a propriedade legal da mesma - caso contrário, o credor tornar-se-á, pelo direito comum (*common law*), seu proprietário pleno. O *mortgage* de móveis, que acabamos de referir, manifesta grande semelhança com o *mortgage* de imóveis (*mortgage of realty*), embora existam diferenças substanciais entre ambos".¹⁵

Voltando ao tema, em sede de direito positivo, finalmente, tem-se lei a prever a alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis. A nova lei, oriunda do Projeto de Lei 3.242-C, de 1997 (Mensagem 670/97), cujo substitutivo foi aprovado no Congresso Nacional com pouquíssimas alterações, uma delas relativa ao tema de que se trata, recebeu o n. 9.514, de 20.11.1997, publicada no *DO* de 21.11.1997.

A lei, na verdade, dispõe sobre o chamado "Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI", que "tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos", conforme programaticamente prescreve seu art. 1º, declarando, desde logo, o princípio da compatibilidade das condições do financiamento com as da formação dos fundos para a obtenção dos recursos necessários.

Proclama, outrossim, a absoluta independência do novo Sistema - SFI, em relação ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, vigente, ao dispor em seu art. 39, inc. I, que não se aplicam às operações imobiliárias a que se refere a nova lei as disposições da Lei 4.380/1964 e demais disposições relativas ao SFH. Mas prevê a aplicação àquelas

¹⁵ Alienação fiduciária em garantia e aquisição da casa própria (Notas de Direito Comparado), artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 512, jun. 1978, p. 11-19.

operações, no âmbito do SFI, do disposto nos arts. 29 a 41 do Dec. lei 70, de 21. 11.1966, ou seja, a venda extrajudicial por agente fiduciário de imóvel hipotecado (art. 39, inc. II).

Capítulo específico da Lei 9.514/97 (II) disciplina o instituto da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, e assim dispõe o seu 1º art. de n. 22:

A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI.

No Projeto de Lei do Executivo esse artigo era constituído apenas do *caput*, sendo o parágrafo fruto de emenda de interesse do setor econômico da construção civil, que pretendeu deixar claro não se cogitar de operação privativa das entidades relacionadas no art. 2º da lei, mas facultada a qualquer um, sendo o objeto da alienação imóvel pronto ou em construção. A emenda teve o mérito de eliminar as dúvidas sobre as limitações que o projeto do Executivo parecia impor, bem assim sobre a possibilidade de realizar-se negócio fiduciário com imóveis, no direito brasileiro, com a finalidade de garantia.

Oportuno se faz o exame dos reflexos do par. ún. do art. 22 da Lei 9.514/97, apesar de a lei versar sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, no que diz respeito à extensão a qualquer contrato da adoção do instituto da alienação fiduciária em garantia, dele participando qualquer pessoa.

A cabeça do dispositivo indica cuidar-se de um negócio jurídico, mediante o qual o devedor ou fiduciante contrata a transferência

ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel, tudo com o escopo de garantia.

O § 2º dispõe sobre as pessoas capazes contratualmente para pactuar a alienação fiduciária em garantia de imóveis: pessoa física ou jurídica. Quer dizer, qualquer pessoa natural, capaz juridicamente, ou entidade dotada de personalidade jurídica, poderá contratar a alienação de que se trata, não sendo o contrato privativo "das entidades que operam no SFI", conforme proclama a nova lei, evitando, assim, a discussão travada logo após a Lei 4.728/65 e que perdurou por muitos anos, a respeito da legitimação exclusiva das "financeiras" para a aquisição da propriedade de coisa móvel, consoante chegou a doutrinar, dentre outros, Orlando Gomes.¹⁶ Por isso, qualquer instituição financeira ou, especificamente, banco pode fazer financiamentos com a garantia de qualquer imóvel, residencial, comercial ou industrial, rural ou urbano, alienado em segurança do pagamento do empréstimo a juros, qualquer que seja o destino da operação bancária.

Prevê ainda o citado dispositivo legal que a alienação pode "ter como objeto imóvel concluído ou em construção". Assim, no contrato de incorporação do condomínio, cujas prestações se projetam para depois de concluído o imóvel, é possível o pacto de alienação fiduciária em garantia do imóvel em construção. O imóvel pode ter qualquer destinação e, obviamente, tratando-se de imóvel industrial todas as coisas móveis que o integram, assim como as instalações fixas, podem compor o imóvel alienado com o escopo de garantia.

¹⁶ "A posição de fiduciário é reservada, nesse negócio translativo, às sociedades de crédito e financiamento autorizadas a funcionar pelas autoridades monetárias do país. Esse monopólio traduz-se juridicamente no pressuposto de legitimação. Deve haver, por outras palavras, uma relação necessária entre os sujeitos do negócio e o interesse em jogo, como esclarece Manoel Domingues de Andrade, de sorte que, ao se afirmar que somente as financeiras podem adquirir fiduciariamente bens em garantia, não se declara que somente elas têm capacidade para realizar essa aquisição, mas se adiante que são as pessoas unicamente *legitimadas* a efetuar-las. A outras pessoas, físicas ou jurídicas, falta, em suma, legitimação ou legitimidade." (*Alienação fiduciária em garantia*, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo : Ed. RT, 1971, p. 54).

Aplicam-se à propriedade fiduciária, no que couber, as disposições dos arts. 647 e 648 do CC, que tratam da propriedade resolúvel,¹⁷ conforme estabelece o art. 33 do novo diploma legal.

A propriedade resolúvel é uma espécie do gênero da propriedade *ad temp us*, que comporta outras modalidades como se verá. Na lição de Aderbal da Cunha Gonçalves, "toda vez que haja a possibilidade de uma predeterminação de revogabilidade, independente da vontade de seu atual titular" existirá uma propriedade resolúvel. O mesmo acontecerá quando uma coisa for "adquirida em virtude de um título sujeito à resolução". É ainda o ensinamento do magistrado baiano.¹⁸ Modalidades outras, previstas em lei, da propriedade *ad tempus* são o fideicomisso, em virtude do qual a propriedade, pela morte do gravado ou fiduciário, a certo tempo, ou sob certa condição, se transmite ao Fideicomissário, e a retrovenda, instituto pelo qual o vendedor pode reservar-se o direito de recobrar, em certo tempo, o imóvel vendido, mediante a restituição do preço mais despesas feitas pelo comprador.

A alienação (dita fiduciária) em garantia, no direito brasileiro, é pois negócio jurídico típico, pelo qual o devedor, fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, fiduciário, da propriedade resolúvel do bem móvel ou imóvel, tudo na conformidade das definições extraídas da legislação pertinente.

A aquisição da propriedade resolúvel de bem imóvel, por meio desse negócio jurídico, em consonância com a dogmática jurídica brasileira, como é sabido, somente se constitui mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. É o

¹⁷ Art. 647. Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do tempo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha."

"Art. 648. Se, porém, o domínio se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que o tiver adquirido por título anterior à resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cujo domínio se resolveu, para haver a própria coisa, ou seu valor."

¹⁸ *Da propriedade resolúvel*, São Paulo : Ed. RT, 1979, p. 67-68.

que prescreve o art. 23, em cujo parágrafo único dispõe, como consequência da aquisição da propriedade resolúvel, o desdobramento *ex lege* da posse, "tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel". A hipótese, parece-me, é de *constituto possessorio ex lege*, pois o possuidor *pro suo* passa a ser possuidor *pro alieno*.

Dispõe a lei, em seu art. 24, sobre as condições que o contrato conterà. Trata-se de norma imperativa (*conterá*), cuja falta de uma das condições acarreta, no mínimo, o não registro da transferência da propriedade e, portanto, a não constituição da alienação em garantia. Tais requisitos são: I) o valor do principal da dívida; II) o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; III) a taxa de juros e os encargos incidentes; IV) a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; V) a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; VI) a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; VII) a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27; VIII) prazo de carência para a constituição em mora do devedor (v. comentário adiante). Dentre estas condições é de sublinhar-se: a livre utilização do imóvel pelo devedor, fiduciante, enquanto adimplente, por sua conta e risco; a indicação do valor de venda do imóvel, em leilão público, bem assim dos critérios para a "revisão" desse valor (não se cuida de simples atualização monetária ou reajuste); e a cláusula dispondo sobre a realização da venda em leilão público.

O art. 36 da lei, nas suas disposições gerais e finais, possibilita, nos contratos de venda de imóveis a prazo, de arrendamento mercantil de imóveis, de financiamento imobiliário em geral, inclusive com a garantia de alienação fiduciária, bem assim nos títulos criados pela lei,

denominados Certificado de Recebíveis Imobiliários e Termo de Securitização de Créditos, cláusula de reajuste e condições e critérios de sua aplicação. A lei não diz o que deverá ser reajustado, mas, obviamente, a cláusula de reajuste deverá ser do preço do bem ou do valor do crédito.

Os contratos resultantes da aplicação da lei, conforme consta de seu art. 38, quando celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação, poderão ser formalizados por instrumento particular, não se lhe aplicando a exigência do art. 134, II, do digesto civil. A contrário senso, nos demais casos, em princípio, deve ser utilizada a escritura pública.

O art. 25 versa sobre a revogação da transferência da propriedade, ou seja, dos efeitos da cláusula resolutiva ínsita no negócio. Com o pagamento da dívida, resolve-se a propriedade dita fiduciária do imóvel, tendo o credor o prazo de 30 dias para o fornecimento do termo de quitação, sob pena de multa mensal de 0,5 %, continuada, sobre o valor do contrato. Com a quitação, o oficial do RI cancelará o registro da propriedade fiduciária.

Trata o art. 26 do problema da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, pela falta de pagamento, no todo ou em parte da dívida, e da mora do devedor. Na hipótese de atraso no pagamento de qualquer parcela da dívida, a requerimento do fiduciário, será intimado o fiduciante pelo oficial do RI para, no prazo de 15 (quinze) dias, purgar a mora, satisfazer a prestação vencida e demais ônus previstos no § 1º do mesmo dispositivo.

No § 2º daquele artigo, há mais uma condição que deve ser posta no contrato. Cuida-se da definição do prazo de carência, após o qual será expedida a intimação para a constituição em mora (a lei sobre o condomínio e incorporações estabelece ser lícita a fixação do prazo de três prestações vencidas para a prévia notificação de constituição em mora e

rescisão do contrato, no caso de não pagamento - Lei 4.591/64, art. 63, podendo ser adotado este ou prazo menor, por exemplo, trinta dias).

Os parágrafos seguintes disciplinam a forma de processamento da intimação para a purgação da mora, que deve ser feita no Registro de Imóveis, do efeito da purgação a convalescer o contrato de alienação, da entrega do numerário ao credor, e das conseqüências da falta de emenda da mora; neste caso, o oficial certificará o fato e promoverá, diante do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do credor, fiduciário.

O art. 27 dispõe sobre o leilão público, que deverá ser realizado no prazo de 30 (trinta) dias da data do registro, posto que, como se sabe, o fiduciário, em princípio, não pode ficar com o imóvel, em virtude da vedação do pacto comissório, adotado na legislação brasileira. Assim, o imóvel deve ser vendido para a quitação da dívida e despesas, sendo a quantia sobejante entregue ao devedor. Porém, se no segundo leilão, o maior lance não for igual ou superior ao valor da dívida, despesas, prêmios de seguro, encargos legais, tributos e contribuições condominiais, considerar-se-á extinta a dívida; o credor ficará exonerado da obrigação de pagar qualquer diferença ao devedor, caso venha a vender futuramente o imóvel; e dará quitação da dívida, em cinco dias. Verificada a frustração dos dois leilões públicos sucessivos, a conseqüência é a consolidação plena da propriedade em nome do até então fiduciário. E com essa consolidação o titular da coisa imóvel poderá dela dispor como bem lhe aprouver, e, logicamente, vender independente das formalidades da lei, sem ter que prestar contas ao antigo proprietário.

Cuida ainda a lei (arts. 28 e 29) das cessões das posições das partes no contrato, sendo que a cessão do crédito importará na cessão de todos direitos e obrigações pertinentes à propriedade, e a cessão dos direitos e obrigações do fiduciante requer a anuência do fiduciário.

Prevê, ainda, a lei que o fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária (art. 31).

Finalmente, disciplina a lei uma nova ação possessória, a reintegração na posse do imóvel assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel em público leilão. A lei não estabelece prazo mínimo para a propositura da ação, sendo assim certo o entendimento de que consolidada a propriedade em nome do fiduciário e caracterizada a usurpação pelo ex-fiduciante, antes mesmo do leilão público de venda do bem imóvel, a ação pode ser proposta pelo fiduciário. Tampouco dispõe a lei sobre prazo máximo para o ajuizamento da reintegratória, não sendo, para efeito de apreciação do pedido de reintegração liminar, de observar-se o art. 924 do Código de Processo Civil, deste teor:

Regem o procedimento de manutenção e reintegração de posse as normas da secção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

A reintegração, em qualquer hipótese, será concedida, liminarmente, para desocupação em 60 dias, dès que comprovada a consolidação da propriedade em nome do autor da ação. Este é o único requisito exigido no art. 30 da nova lei.

Não causa maior surpresa o procedimento especial criado pela lei. Nas ações possessórias reguladas no Código de Processo Civil também é assegurado provimento liminar, seja para a manutenção, seja para a reintegração na posse do promovente da ação. Está previsto, de igual modo, incisivamente, no CPC, art. 928, que, devidamente instruída a inicial, o juiz "deferirá", sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração.

Assim, não se vislumbra, qualquer vício de inconstitucionalidade no dispositivo comentado.

A questão está em reconhecer-se como legítima a sistemática adotada na lei, pertinente à aquisição da posse direta pelo então credor e fiduciário, para o efeito de admitir-se o pleito reintegratório e não meramente reivindicatório. No mais, é indubitável, praticar esbulho o então detentor da posse indireta pela cessação dos direitos assegurados ao antes devedor e fiduciante, pelo contrato de alienação fiduciária em garantia.

Aliás, não somente neste ponto bem como também na venda do bem não se vislumbra qualquer indício de violação da Constituição. Note-se que aqui não se cogita de execução extrajudicial, ou seja de venda de bem de terceiro, hipotecado, para a satisfação de um crédito vencido, conforme permitido na legislação anterior ainda vigente, meio de execução considerado constitucional, perante a ordem constitucional pretérita, e diante da Constituição de 1988, segundo firme jurisprudência dos tribunais, inclusive tribunais superiores. Cogita-se aqui de venda de bem próprio. O imóvel posto à venda, em leilão público, sem interferência de agente fiduciário, é de propriedade do vendedor. Por outro lado, observe-se que, no elenco de direitos do devedor, consta o de receber o saldo, além da dívida satisfeita, ou o de ser quitado, caso o bem não seja leilado. Em suma, não há como intuir-se um enriquecimento injusto do credor, e o devedor poderá, por culpa sua, perder apenas aquilo que pagou, antes do inadimplemento.

O art. 32 da lei dispõe sobre a insolvência do fiduciante, assegurando ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente. A disposição repete, com outras palavras, o art. 7º do Dec. lei 911/69, que também remete à legislação pertinente a forma de restituição. A legislação a prever a forma da restituição é a Lei de Falência, em seus arts. 76 a 78.

A lei não disciplina a hipótese de falência do fiduciário, devendo, entretanto, o síndico proceder na condição de titular da propriedade resolúvel, valendo contra terceiros, credores do fiduciário, a condição resolutiva da alienação em garantia, resolvendo-se, finalmente, a propriedade com o pagamento total da dívida.

As hipóteses de concordata, de ambas as partes, não oferecem qualquer dificuldade, não incidindo os efeitos da concordata sobre o contrato equiparado, na prática, a um contrato com garantia real.

De resto, é oportuno lembrar que a nova lei possibilita a solução de litígios ou controvérsias relativos aos contratos de financiamento imobiliário através de arbitragem, nos termos do disposto na também recente Lei 9.307, de 24.09.1996. Para tanto, devem ser observadas as disposições sobre cláusula de arbitragem em contrato de adesão, caso se trate de contrato com essa qualificação, no qual o aderente se dê plenamente ciente da renúncia ao juízo estatal.

Não custa lembrar que o juízo arbitral não tem o poder de reintegrar o credor na posse do bem alienado, no caso de inadimplência do fiduciante. Tal imposição somente a justiça estatal, dotada do poder de império, pode fazê-lo. Indispensável, pois, nesse caso, o ingresso em juízo para a concretização do direito do fiduciário ou de terceiro adquirente do bem imóvel.